



institut für
finanzdienstleistungen e.V.

infobrief 26/08

Freitag, 12. September 2008

KV / AT

- Seit 1995 - Ein Service des iff für die Verbraucherzentralen und den VZBV - Seit 1995 -
Infobriefe im Internet: <http://news.iff-hh.de/index.php?id=2599>

Stichwörter

Aufrechnung verjährter Ansprüche, Anwendung von § 215 BGB, Aufklärungspflichtverletzungen

A Sachverhalt

Die Verbraucherzentrale Hamburg hat sich an das iff mit der Bitte um Stellungnahme zu der Frage gewendet, ob Verbraucher gegenüber Zahlungsansprüchen des Kreditinstituts, das den Kauf einer vermieteten Wohnung finanziert hat, mit etwaigen bereits verjährten Schadensersatzansprüchen aufrechnen können.

Einem Verbraucherehepaar wurde im Frühjahr 1996 eine vermietete Wohnung durch einen Mitarbeiter des Schaul-Vertriebs Innovest in Magdeburg vermittelt. Die Finanzierung führte die Kreissparkasse Ludwigshafen durch. Das Ehepaar schloss zudem einen notariell beurkundeten Geschäftsbesorgungsvertrag mit der Treuhandgesellschaft Kuramandat ab, indem diese zum Abschluss des Kaufvertrages und der Finanzierungsverträge bevollmächtigt wurde. Der Mietgarantiegeber Briese (Firma Mietconsult) wurde kurz nach dem Erwerb der Wohnung insolvent. Mit Schreiben von Dezember 1999 wandten sich die Eheleute an die Kreissparkasse. Sie warfen ihr vor, das Treuhandmodell zur Vermehrung ihres Kreditvolumens finanziert zu haben und durch Unterverträge dafür gesorgt zu haben, dass die einzelnen Wohnungen im gesamten Bundesgebiet zum Verkauf angeboten wurden. Im Mai 2002 stellten sie die Zahlungen ein. Im Februar 2003 kündigte die Sparkasse sodann die Darlehensverträge und forderte 138.000,- EUR von den Eheleuten. Im Dezember 2004 erhoben sie beim Landgericht Stade Klage. Sie beehrten die Feststellung, dass die Forderung der Sparkasse nicht bestehe und forderten zugleich Rückzahlung der von ihnen geleisteten Zahlungen. Nach Verweisung an das Landgericht Frankenthal wies dieses die Klage ab.

Die Sparkasse erhielt im Jahre 2006 zur teilweisen Tilgung eine Kapitallebensversicherung. Daraufhin einigten sich Sparkasse und das Ehepaar auf die Höhe der noch ausstehenden Rückzahlungen. Ob eine neue Darlehensvereinbarung über die noch ausstehende Forderung der Sparkasse abgeschlossen wurde, ist unklar. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass dies nicht der Fall ist.

B Stellungnahme

Es stellt sich die Frage, ob den Eheleuten gegen die Zahlungsansprüche der Kreissparkasse Ludwigshafen nunmehr verjährte Schadensersatzansprüche zustanden, mit denen eine Aufrechnung oder die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gemäß § 215 BGB möglich ist.

B.I Entstehung eines Schadensersatzanspruches und Verjährung

Ein Schadensersatzanspruch der Eheleute gegenüber der Kreissparkasse könnte auf Grund der möglichen Verletzung der Aufklärungspflicht in Hinsicht auf die erworbene Immobilie bestanden haben. Es ist hierbei davon auszugehen, dass sie in Bezug auf die erzielbare Miete und die tatsächliche Werthaltigkeit nicht den vor Abschluss des Kaufvertrages getätigten Angaben entsprach.

Grundsätzlich trägt bei einer Finanzierung von Vermögensanlagen das Risiko einer sachgerechten Verwendung des Kredits der Kreditnehmer, und die Bank braucht in der Regel nicht ungefragt über Risiken der geplanten Verwendung aufzuklären (ständige Rechtsprechung, siehe insgesamt zum Thema: Vortmann, Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 7. Aufl., S. 64 ff.). Anders ist dies allerdings bei einer institutionellen Zusammenarbeit zwischen dem Anbieter einer (Schrott-) Immobilie und der Bank. Dann können dem durch den Anbieter oder dessen Hilfsperson arglistig getäuschte Kreditnehmer auch Schadensersatzansprüche gegen die Bank zustehen. Eine Aufklärungspflicht besteht demnach, wenn die Bank gegenüber dem Kunden einen konkreten Wissensvorsprung hinsichtlich der Risiken der Anlage hat. Erforderlich ist, dass das Wissen bei der Bank präsent ist.

Die Aufklärungspflicht auslösender Wissensvorsprung der Bank wird tatsächlich vermutet, wenn der Kreditnehmer durch unrichtige Angaben des Verkäufers, Vermittlers oder des Prospekts arglistig getäuscht worden ist und die Unrichtigkeit der Angaben nach den Umständen des Einzelfalls so evident ist, dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.¹ Im Übrigen muss die Bank aufklären, wenn sie erkennen konnte, dass der Mietgarantiegeber überschuldet war.²

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen unterstellt, wäre ein Schadensersatzanspruch nunmehr jedenfalls verjährt. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt gemäß § 195 BGB drei Jahre. Der Beginn der Verjährungsfrist richtet sich nach § 199 I BGB. Allerdings ist der Anspruch bereits vor Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung am 01.01.2002 entstanden. Das bedeutet, dass am 31.12.2004 gemäß der Übergangsvorschrift nach Art. 229 § 6 EGBGB alle Ansprüche verjähren, die der Schuldner kannte oder hätte kennen müssen und die vor diesem Zeitpunkt, also irgendwann vor dem Jahr 2002, entstanden sind. Im Rahmen von Verletzungen einer Aufklärungspflicht hat der Geschädigte die erforderliche Kenntnis erst, wenn er die Umstände

¹ BGH, Urteil vom 16.05.2006, Az. XI ZR 6/04 (ID: 37679).

² BGH, Urteil vom 14.06.2004, Az. II ZR 393/02 (NJW 2004, 2736 ff.).

/...3

iff institute for financial services | registered association | Director: Prof. Dr. Udo Reifner

kennt, aus denen sich die Offenbarungspflicht und ihr Umfang ergeben. Von dem Zusammenwirken der Sparkasse mit dem Treuhänder erlangten die Eheleute spätestens 1999 Kenntnis. Zu diesem Zeitpunkt dürften sie ebenfalls spätestens Kenntnis von den Falschangaben bezüglich der Immobilie gehabt haben. Der Anspruch war auch nicht schon vor dem 01.01.2002 verjährt, denn die regelmäßige Verjährungsfrist vor der Schuldrechtsreform betrug gemäß § 195 a. F. BGB 30 Jahre; diese Frist galt auch für Schadensersatzansprüche aufgrund von Aufklärungspflichtverletzungen durch Banken bei finanzierten Kapitalanlagen. Insofern greift die Übergangsregelung und der Anspruch des Kunden verjäherte zum 31.12.2004.

Die Berechnung der Höhe eines solchen Anspruchs muss nach individuellen Gesichtspunkten erfolgen. Grundsätzlich richtet sich der Anspruch bei Verletzung einer Aufklärungspflicht auf Rückzahlung des aufgewandten Betrages und Ersatz etwaiger Folgeschäden.

B.II Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht nach Eintritt der Verjährung gemäß § 215 BGB

B.II.a Aufrechnungslage

Grundsätzlich ist eine Aufrechnung gegen Forderungen gemäß § 215 BGB auch noch mit verjährten Ansprüchen möglich. Dies kann jedoch unter Umständen vertraglich ausgeschlossen sein. In einem solchen Fall ist die Wirksamkeit einer entsprechenden Klausel zu überprüfen. § 215 BGB knüpft verjährungsrechtliche Folgen nicht an die Aufrechnung selbst, sondern an die Aufrechnungslage auf Grund der Rückwirkung der Aufrechnung gemäß § 389 BGB. Die Aufrechnungsmöglichkeit soll über den Eintritt der Verjährung hinaus deshalb erhalten bleiben, weil sich der Schuldner wegen seiner Geldforderung nicht mehr als Schuldner fühlen und vor allem nicht kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist zur Klageerhebung gezwungen sein soll. Voraussetzung von § 215 BGB ist, dass der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt gewesen ist, in dem erstmalig aufgerechnet werden konnte. Es muss also stets überprüft werden, ob die Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB zu dem jeweiligen Zeitpunkt vorlagen.

Die Aufrechnungslage gemäß § 387 BGB bestand im vorliegenden Fall (Ausgangsfall) erstmals mit Kündigung der Darlehensverträge im Februar 2003 und Rückforderung des Betrages in Höhe von 138.000,- EUR seitens der Kreissparkasse. Dadurch ist die erforderliche Erfüllbarkeit der Hauptforderung eingetreten. Erfüllbarkeit bezeichnet den Zeitpunkt, von dem ab der Schuldner leisten darf, der Gläubiger also durch Nichtannahme in Verzug gerät. Die Gegenforderung der Verbraucher wegen Schadensersatz war wirksam und es handelte sich bei den wechselseitigen Forderungen um gegenseitige und gleichartige Forderungen. Im Februar 2003 war der Schadensersatzanspruch auch noch nicht verjährt (s.o.). Somit steht einer Aufrechnung mit den verjährten Schadensersatzansprüchen nach erfolgter Erklärung gemäß § 388 BGB nichts entgegen.

B.II.b Ausschluss der Aufrechnung bestrittener Forderungen gem. Banken- und Sparkassen-AGB

In den AGB der Banken (§ 4) und Sparkassen (§ 11) ist regelmäßig vereinbart, dass die Aufrechnung bestrittener Forderungen vertraglich ausgeschlossen ist (Bunte: AGB-Banken und

/...4

iff institute for financial services | registered association | Director: Prof. Dr. Udo Reifner

Rödingsmarkt 31/33 Fon +49(0)40 30 96 91 - 0 www.iff-hamburg.de info@iff-hamburg.de
D-20459 Hamburg Fax +49(0)40 30 96 91 - 22 www.money-advice.net USt-IdNr. DE 118713543

HaSpa, BLZ 200 505 50
Kto. 1238 122921

Sonderbedingungen 2007, S. 3 u. 87). Soweit die Sparkasse die Forderung bestreitet, kann daher der Kunde nicht wirksam aufrechnen.

Der Kunde kann aber gerichtlich das Bestehen des (verjährten) Anspruchs feststellen lassen. Mit rechtskräftig festgestellten Forderungen kann der Kunde weiterhin aufrechnen. Mit dem Bestreiten der Forderung muss der Kunde rechnen. Ein anfänglicher Prozess wird daher voraussichtlich nicht vermeidbar sein, will der Kunde gem. § 215 BGB aufrechnen.

B.II.c Keine Aufrechnung bei zuviel gezahlten Zinsen

In einem anderen Fall hatte das **OLG Stuttgart**¹ eine Aufrechnung nach §§ 215, 387 ff. BGB verneint. Dort ging es um zu viel gezahlte Zinsen. Bei einem zwischen dem Kunden und dem Kreditinstitut abgeschlossenen Verbraucherdarlehensvertrag fehlten nach § 492 I S. 5 Nr. 2, 4 BGB erforderliche Pflichtangaben. Der Vertrag war dennoch gemäß § 494 II S. 1 BGB wirksam. Allerdings trat nach § 494 II S. 2 BGB eine Zinsreduktion des vereinbarten Zinssatzes in Höhe von 9,12% p.a. **auf den gesetzlichen Zinssatz in Höhe von 4% p.a.** ein. Der Kunde wollte die nunmehr zu viel gezahlten Zinsen mit der Darlehensforderung verrechnen, die Bank ihrerseits wollte die zuviel gezahlten Zinsen einzeln berechnen und getrennt zurückzahlen. Das Gericht entschied, dass der Kunde kein Wahlrecht habe, das ihm erlauben würde, anstelle der Rückforderung der bisher erfolgten Überzahlungen diese auf die Darlehenshauptforderung zu verrechnen. Ob dies auch vor dem BGH so haltbar sein wird, ist offen (siehe dazu die Begründung des Urteils).

Eine Aufrechnung sowohl mit unverjährten als auch mit verjährten Ansprüchen gemäß **§ 215 BGB** lehnte der Senat des OLG Stuttgart in diesem Zusammenhang ebenfalls ab. Sie scheiterte deswegen, weil eine Voraussetzung der Aufrechnung fehlte, nämlich die Erfüllbarkeit der Hauptforderung (Darlehensrückzahlungsforderung der Bank). Zum einen bestand für den Kläger keine Sondertilgungsmöglichkeit, so dass das Kreditinstitut generell einen Anspruch darauf hatte, dass der Kunde das Darlehen nicht über die vereinbarten Tilgungssätze hinaus vorzeitig tilgt. Daher konnte der Kreditnehmer die Darlehensrückzahlung rechtlich wirksam erst mit dem jeweiligen Ablauf der Zinsfestschreibung bewirken. Zwar stand dem Kunden ein Kündigungsrecht nach § 489 I Nr. 1 BGB zu; eine verzinsliche Darlehensforderung ist dann unter Umständen nach Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist erfüllbar. Eine solche Kündigung kann auch in Teilbeträgen erfolgen. Zu dem Zeitpunkt als die Forderungen des Kunden noch nicht verjährt waren, hatte er jedoch keine Kündigung ausgesprochen. Die Kündigungsmöglichkeit allein machte nach Ansicht des OLG Stuttgart die Darlehenshauptforderung jedenfalls nicht erfüllbar, so dass die Aufrechnung – anders als im Ausgangsfall – mangels Aufrechnungslage erfolglos war.

B.II.d Alternative Zurückbehaltungsrecht

Auch ein Zurückbehaltungsrecht, das auf einen verjährten Anspruch gestützt wird, kann ausgeübt werden, wenn die Verjährung noch nicht vollendet war, als der Anspruch des Gläubigers entstand. Das Zurückbehaltungsrecht muss nicht bereits in unverjährter Zeit geltend gemacht

¹ OLG Stuttgart, Urteil vom 01.10.2007, Az. 6 U 132/07 (ID:40780).

/...5

iff institute for financial services | registered association | Director: Prof. Dr. Udo Reifner

werden, es reicht die Möglichkeit der Geltendmachung. Geht es um ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB so muss im Verhältnis zur Aufrechnung berücksichtigt werden, dass § 273 BGB in der Regel bei Verschiedenartigkeit der Ansprüche greift, bei Gleichartigkeit der Ansprüche hingegen die Aufrechnung vorzugswürdig ist. Im Übrigen wird durch die Aufrechnung gegenüber dem Zurückbehaltungsrecht eine günstigere Rechtslage geschaffen; die Aufrechnung ist ein zum Erlöschen des Anspruchs führendes Rechtsgeschäft, das Zurückbehaltungsrecht als Leistungsverweigerungsrecht und damit als aufschiebende Einrede führt in einem möglichen Prozess lediglich zu einer Verurteilung Zug-um-Zug.

C Fazit

Grundsätzlich steht die Aufrechnung mit verjährten Ansprüchen bzw. die Geltendmachung eines verjährten Zurückbehaltungsrechts nach § 215 BGB keinen besonderen Schwierigkeiten gegenüber. Beachtet werden muss jedoch stets, dass in dem Zeitpunkt, als die Gegenforderung noch nicht verjährt war, tatsächlich hätte aufgerechnet werden können, also sämtliche für die Aufrechnung erforderlichen Voraussetzungen vorlagen. Fehlt es daran, so wie in dem der Entscheidung des OLG Stuttgart zu Grunde liegenden Fall, ist eine Aufrechnung nicht möglich. Bezogen auf den Ausgangsfall ist folgendes Vorgehen ratsam:

1. Die Hauptforderung muss (noch) **erfüllbar** sein.
2. Es dürfen **keine gesetzlichen oder vertraglichen Aufrechnungsverbote** bestehen. Aufgrund der Banken- und Sparkassen-AGB ist von einem vertraglichen Aufrechnungsverbot in der Regel auszugehen. **Mit rechtswirksam festgestellten Forderungen kann der Kunde grundsätzlich aufrechnen.**
3. Die **Aufrechnung muss** gegenüber der Kreissparkasse gemäß § 388 BGB **erklärt werden**. Diese Willenserklärung sollte ausdrücklich abgegeben werden, da es sich um eine Gestaltungserklärung handelt.
4. Sollte das Kreditinstitut nicht aufrechnen, kann unter Umständen die Erhebung einer Klage nötig sein. Es empfiehlt sich eine **Feststellungsklage**, mit dem Antrag festzustellen, dass ein Schadensersatzanspruch in geltend gemachter Höhe wegen Verletzung der Aufklärungspflicht zum fraglichen Zeitpunkt überhaupt bestand. Die grundsätzliche Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber einer Leistungsklage steht nicht entgegen. Denn es geht den Verbrauchern gerade nicht um die Geltendmachung selbständiger Zahlungsansprüche (die sowieso verjährt sind), sondern um die Möglichkeit der Aufrechnung.
5. Schließlich sollte zwischen den Verbrauchern und der Sparkasse eine neue Vereinbarung getroffen werden. Zu Grunde zu legen ist hierbei eine **Neuberechnung**. Der neu berechnete, nunmehr noch bestehende Rückzahlungsanspruch der Sparkasse ergibt sich, sofern er noch besteht, aus der Höhe des alten Rückzahlungsanspruchs abzüglich der Höhe des Schadensersatzanspruchs. Dabei trifft die Sparkasse die **Pflicht zur Rechnungslegung**. Die Sparkasse

/...6

iff institute for financial services | registered association | Director: Prof. Dr. Udo Reifner

Rödingsmarkt 31/33 Fon +49(0)40 30 96 91 - 0 www.iff-hamburg.de info@iff-hamburg.de
D-20459 Hamburg Fax +49(0)40 30 96 91 - 22 www.money-advice.net USt-IdNr. DE 118713543

HaSpa, BLZ 200 505 50
Kto. 1238 122921

ist nach § 241 II und § 242 BGB zur Auskunft als vertragliche Nebenpflicht gegenüber den Verbrauchern betreffend der Darlehensansprüche verpflichtet.¹

6. Ist der **ursprüngliche Anspruch durch Zahlung erloschen** und damit nicht mehr erfüllbar, weil er bereits erfüllt wurde, **kann nicht mehr gem. § 215 BGB aufgerechnet werden**. Dies kann der Fall sein, wenn es in der Zwischenzeit zur Rückzahlung der Restschuld und dem Abschluss eines vollkommen neuen Darlehensvertrages kam. Anders ist dies zu beurteilen, wenn das ursprüngliche Darlehensverhältnis fortbesteht und lediglich Konditionen einvernehmlich verändert wurden.

¹ Vgl. OLG München, Urteil vom 26.02.2008, Az. 5 U 5102/06 (ID:41044).